

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Δεκεμβρίου 2020 με τον Χρήστο Σώκο, Πρόεδρο και Εισηγητή, Μιχαήλ Διαθεσόπουλο και Αγγελική Πουλοπούλου, μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 23.11.2020 με ΓΑΚ 1716/23.11.2020 Προδικαστική Προσφυγή της Ένωσης των οικονομικών φορέων: 1) *****

2) ***** , όπως νομίμως εκπροσωπούνται, κατά του ***** [εφεξής αναθέτουσα αρχή],

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ένωση εταιρειών αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη *** απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων «*****».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχουν καταβληθεί και δεσμευθεί τα νόμιμα παράβολα σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσών € 507,00 και €307,00 (βλ. ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικούς ***** αντίστοιχα).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ ***** απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκαν οι όροι διακήρυξης διενέργειας Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού σύναψης σύμβασης μελέτης κάτω των ορίων του ν. 4412/2016 με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής για την *** και η έγκριση της επιτροπής διενέργειας Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού. Η δε

Αριθμός απόφασης: 108/2021

Διακήρυξη αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, με Α/Α Συστήματος *** Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε σύμφωνα με την με αριθμ. πρωτ, ***** Διακήρυξη, η 07.09.2020 και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 11.09.2020.

3. Επειδή, η Επιτροπή του διαγωνισμού συνεδρίασε την 11.09.2020 στις 10.00π.μ και διαπίστωσε ότι οι φακέλοι των δύο διαγωνιζόμενων, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, περιείχαν τους υποφακέλους «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», «Τεχνική Προσφορά», «Οικονομική Προσφορά» και προχώρησε σε αποσφράγιση των φακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» οι οποίοι ελέγχθηκαν ως προς την πληρότητα τους. Στη συνέχεια ακολούθησε η αποσφράγιση των φακέλων «Τεχνική Προσφορά». Η συνεδρίαση της Επιτροπής συνεχίστηκε στις 17.09.2020 προκειμένου να γίνει η αξιολόγηση και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών. Η συνεδρίαση της Επιτροπής συνεχίστηκε στις 06.10.2020 και η Επιτροπή ολοκλήρωσε την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων με βάση τα κριτήρια του άρθρου 21 παρ. 21.1 της Διακήρυξης. Μετά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών συντάχθηκε το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού. Με την υπ' αριθμ *** απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής ****, εγκρίθηκε το 1ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού της μελέτης "*****", σύμφωνα με την οποία αποφασίστηκε ότι οι προσφορές των δύο συμμετεχουσών εταιρειών είναι σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας η προσφεύγουσα έλαβε γνώση στις 12.11.2020 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 23.11.2020, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 03.12.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ' αριθμ. πρωτ. ***** απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ζητώντας την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως το από 21.12.2020 Υπόμνημά της.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η

Αριθμός απόφασης: 108/2021

οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της έτερης συμμετέχουσας ένωσης εταιρειών «*****» και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «...Στην προκειμένη περίπτωση, στο ΤΕΥΔ που προσκόμισε ***** στο ερώτημα αν «Ο ΟΦ είναι εγγεγραμμένος σε Εθνικό Σύστημα (Προ)Επιλογής» έχει τεθεί η απάντηση «ΝΑΙ». Στο σημείο δε αυτό η εν λόγω εταιρία δηλώνει ότι «1. Η εταιρία **** είναι εγγεγραμμένη στο *****. 2. Η εταιρία **** είναι εγγεγραμμένη στο ***** 3. Η εταιρία ***** 4 Η εταιρία *****». Σύμφωνα με την κατευθυντήρια Οδηγία 23 και την υπ' αριθμ. 51 απάντηση της ΕΑΔΗΣΥ, το Μητρώο Μελετητών δεν θεωρείται επίσημος κατάλογος. Ομοίως στο ΤΕΥΔ που προσκόμισε **** στο ερώτημα αν «Ο ***** » έχει τεθεί η απάντηση «ΝΑΙ» και αναφέρεται το ΓΕΜΗ. Στο ΤΕΥΔ που προσκόμισε **** στο ερώτημα αν «Ο ΟΦ είναι εγγεγραμμένος σε Εθνικό Σύστημα (Προ)Επιλογής» έχει τεθεί η απάντηση «ΝΑΙ» και αναφέρεται το ΜΗΤΡΩΟ ΜΕΛΕΤΗΤΩΝ. Στο ΤΕΥΔ που προσκόμισε ο **** στο ερώτημα αν «Ο ΟΦ είναι εγγεγραμμένος σε Εθνικό Σύστημα (Προ)Επιλογής» έχει τεθεί η απάντηση «ΝΑΙ» και αναφέρεται το ΓΕΜΗ. Στο ΤΕΥΔ που προσκόμισε ο *** στο ερώτημα αν «Ο ΟΦ είναι εγγεγραμμένος σε Εθνικό Σύστημα (Προ)Επιλογής» έχει τεθεί η απάντηση «ΝΑΙ» και αναφέρεται το ΜΗΤΡΩΟ ΜΕΛΕΤΗΤΩΝ.». Η εν λόγω δήλωση τους έχει ως συνέπεια ότι δεν εμφανίστηκε ούτε πεδίο με περιεχόμενο «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση

Αριθμός απόφασης: 108/2021

δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν;» (σελ. 4), ούτε συνεπώς έχουν περιλάβει καμία απάντηση στο ερώτημα αυτό. Συνεπώς η προσφορά της ένωσης των οικονομικών φορέων «*****» είναι μη νόμιμη και πρέπει να απορριφθεί, διότι τα μέλη τους ***** παρέλειψαν στο ΤΕΥΔ που υπέβαλαν να δηλώσουν επί ποινή απόρριψης στοιχεία της προσφοράς τους. Λαμβανομένου δε υπόψη ότι από τη φύση του ΤΕΥΔ, ως ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής, το οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, επέχει θέση υπευθύνου δηλώσεως, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι οι εν λόγω πληρούν τους όρους συμμετοχής που ορίζονται στην οικεία προκήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία, συνάγεται ότι δεν είναι επιτρεπτή η υποκατάστασή του από άλλα στοιχεία της προσφοράς της.».

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω πρώτο λόγο της προσφυγής και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Το σημείο του ΤΕΥΔ που επικαλείται η προσφεύγουσα είναι στο Μέρος II (Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα) και όχι στο Μέρος III (Λόγοι αποκλεισμού). Το εάν εμφανίστηκε ή όχι πεδίο με περιεχόμενο «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν» στην ίδια ενότητα, με συνέπεια να απαντά ή όχι σε αυτό, δεν θεωρούμε ότι είναι λόγος αποκλεισμού εφόσον στο Μέρος III (Λόγοι αποκλεισμού), στο τμήμα Β: Λόγοι που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δηλώνει ότι δεν έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή φόρων και την καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Επικουρικά, όλοι γνωρίζουν πως ο προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης θα πρέπει να αποδείξει ότι δηλώνει στο ΤΕΥΔ που καταθέτει, προσκομίζοντας τα ανάλογα δικαιολογητικά που προβλέπει η Διακήρυξη του διαγωνισμού.».

9. Επειδή, σχετικά με το ΕΕΕΣ/ ΤΕΥΔ, το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε το άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ στην εσωτερική έννομη τάξη, προβλέπει τα εξής: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο

Αριθμός απόφασης: 108/2021

Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλειστούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 ... Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή....3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή. 4. Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53, μπορεί να εκδίδει αντίστοιχο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (ΤΕΥΔ), όπου απαιτείται, κατά τις διατάξεις του παρόντος. Μέχρι την έκδοση του τυποποιημένου εντύπου του προηγούμενου εδαφίου, γίνεται δεκτή υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986. ...». Δυνάμει της νομοθετικής εξουσιοδότησης του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, και κατ' αντιστοιχία με το Ε.Ε.Ε.Σ., εκπονήθηκε από την Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων και εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. 158/2016 Απόφασή της, το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), το οποίο χρησιμοποιείται σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων των οδηγιών, συνίσταται δε σε Υπεύθυνη Δήλωση των οικονομικών φορέων προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη και αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας πληροί τις κατά τα ανωτέρω προϋποθέσεις που θέτει η διάταξη του άρθρου 79 παρ. 2.

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και του Υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα εξής σχετικά με την πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Στο ΤΕΥΔ που προσκόμισε κάθε μία από τις εταιρείες που απαρτίζουν την ένωση εταιρειών*****, στο ερώτημα «Ο ΟΦ είναι

Αριθμός απόφασης: 108/2021

εγγεγραμμένος σε Εθνικό Σύστημα (Προ)Επιλογής», απάντησαν όλες «ΝΑΙ». Συγκεκριμένα, οι εταιρείες ***** απάντησαν ότι είναι εγγεγραμμένες στο μητρώο Μελετητών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, η **** απάντησε ότι είναι εγγεγραμμένη στο ΓΕΜΗ, όπως επίσης απάντησε και ο **** απάντησε ότι είναι εγγεγραμμένος στο ΓΕΜΗ. Δηλώνοντας τα ως άνω η κάθε εταιρεία στο ΤΕΥΔ της, είχε σαν αποτέλεσμα να μην εμφανιστεί το πεδίο με περιεχόμενο «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν;» (σελ. 4), και κατ' επέκταση να μην υπάρχει απάντηση στο ερώτημα αυτό. Όμως, το ΓΕΜΗ δεν αποτελεί επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων, κατά την έννοια του άρθρου 83 του Ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι σύμφωνα με τις διατάξεις του εν λόγω άρθρου, η εγγραφή σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων προϋποθέτει προσαρμογή στις διατάξεις των άρθρων 73-83 του ίδιου νόμου, ήτοι στις διατάξεις περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, προϋπόθεση η οποία δεν ισχύει για την εγγραφή στο ΓΕΜΗ. Άλλωστε, η ένταξη σε εμπορικά μητρώα προβλέπεται σε άλλο σημείο του ΤΕΥΔ. (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 104/2018). Συνακόλουθα, η εσφαλμένη απάντηση «ΝΑΙ» στην ερώτηση του ΤΕΥΔ «Κατά περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό [π.χ. βάσει εθνικού συστήματος (προ)επιλογής];» με επίκληση της εγγραφής του φορέα στο ΓΕΜΗ, που συνεπάγεται τη μη εμφάνιση της ερώτησης περί δέσμευσής του για προσκόμιση των σχετικών πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, καθιστά το ΤΕΥΔ μη σύμφωνο με τους όρους της διακήρυξης, η μη ρητή δε ανάληψη της δέσμευσης του υποψηφίου να προσκομίσει τα ανωτέρω πιστοποιητικά συνιστά παράλειψη δήλωσης επί ποινή απόρριψης στοιχείων της προσφοράς του και καθιστά την προσφορά του απορριπτέα, ασχέτως του ζητήματος της ορθής συμπλήρωσης του Μέρους III (λόγοι αποκλεισμού) των ΤΕΥΔ από την εν λόγω ένωση, όπως αβάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή. Κατόπιν των ανωτέρω ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής είναι βάσιμος και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρωτέα.

11. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τους υπόλοιπους λόγους

Αριθμός απόφασης: 108/2021

της προσφυγής της στρέφεται ξανά κατά της αποδοχής της προσφοράς της ως άνω ένωσης εταιρειών, η εξέταση των οποίως όμως κρίνεται αλυσιτελής (βλ. ΣΤΕ 308/2020), καθόσον σύμφωνα με την ως άνω σκέψη 10, η προσβαλλόμενη απόφαση που έκανε δεκτή την προσφορά της ένωσης εταιρειών «*****» κρίθηκε ακυρωτέα.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ***** απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της ένωσης εταιρειών «*****», σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού € 507,00 με κωδικό ***** στην εταιρεία «*****.» και €307,00 με κωδικό ***** στην εταιρεία «*****».

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 15 Ιανουαρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ